

K E N D E L S E

SISCOG – Sistemas Cognitivos S.A.  
(advokat Trine Louise Larsen og advokat Mikala Berg Dueholm, København)

mod

DSB  
(advokat Tom Holsøe og advokat Christian Degnboel Østergaard, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 056-130433 af 15. marts 2019, offentliggjort den 20. marts 2019, udbød DSB efter forsyningsvirksomhedsdirektivet som udbud med forhandling en rammeaftale vedrørende levering af ”software package and information systems.”

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 23. april 2019 modtog DSB 8 ansøgninger, herunder fra SISCOG – Sistemas Cognitivos S.A. (”SISCOG”), der henviste til 5 referencer. To ansøgninger blev vurderet ikke at være konditionsmæssige.

Den 9. maj 2019 besluttede DSB at prækvalificere Capgemini Danmark A/S, IVU Traffic Technologies AG og T-Systems Nordic A/S.

Den 29. maj 2019 indgav SISCOG klage til Klagenævnet for Udbud over DSB. SISCOG fremsatte ved supplerende klageskrift anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle

beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 3. juli 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

SISCOG har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i afgørelsen om prækvalifikation af 9. maj 2019 at undlade at prækvalificere SISCOG.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere DSB's beslutning om prækvalifikation af 9. maj 2019, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, § 13, stk. 1, nr. 2.

#### Påstand 3 – subsidiær til Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have fastsat et uigennemsigtigt kriterium for udvælgelse af ansøgere.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal udstede påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren, jf. lov om Klagenævnet for udbud, § 13, stk. 1, nr. 3.

#### Påstand 5 – subsidiær i forhold til påstand 2 og 4

Klagenævnet skal annullere DSB's eventuelle tildelingsbeslutning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

DSB har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Over for påstand 5 har DSB nedlagt påstand om afvisning.

### Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 056-130433 af 15. marts 2019, offentliggjort den 20. marts 2019, udbød DSB efter forsyningsvirksomhedsdirektivet som udbud med forhandling en rammeaftale vedrørende levering af ”software package and information systems”.

I udbudsbekendtgørelsen af 15. marts 2019 står der blandt andet:

#### ”II.1.4) Short description:

The purpose of the public procurement procedure is delivery, support, hypercare, maintenance and further development of an IT-platform for future planning and dispatching. The platform for future planning and dispatching must support DSB in a better, faster and more agile planning and dispatching process.

...

#### II.2.4) Description of the procurement:

1. Background and purpose DSB (Danish State Railway) is an independent public corporation owned by the Danish Ministry of Transport. DSB’s goal is to offer attractive journeys by train to our customers. Annually DSB has more than 195 million passengers and employs approximately 7 400 people. Historically the end-to-end planning process of DSB has followed a sequential “waterfall” model. The process makes it difficult and costly to react to changes. The Danish railway infrastructure is undergoing large changes, such as new tracks and speed upgrades, electrification and exchange of the signalling system across the entire national network to ETCS and for S-train CBTC technology and replacement of a significant part of the current fleet. These changes drive the need for a faster and more agile planning process. In addition to these changes, DSB have the needs is under ongoing political expectations for continuous improvement of the train service quality and costs and a significant part of these improvements are related to DSB’s capabilities within planning. Therefore, DSB needs an IT-Solution for future planning and dispatching that ensures informed planning decisions based on in-depth understanding of consequences of decisions for the final plan and dispatching. The scope that the IT-Solution for future planning must cover is:

- planning within DSB’s fields of rolling stock and crew including derived process and system integration,
- the planning process from strategical, tactical, operational planning to dispatching and recovery.

The key objectives for future Planning are defined as:

- faster and more agile planning process,

- improved network,
- efficiency and punctuality,
- improved planning,
- efficiency,
- improved employee satisfaction,
- minimize operational risk,
- platform for the future.

The IT-Solution for future planning and dispatching will hold a central place in DSB's complex system landscape why the implementation of the solution for future planning is assumed to take place with close cooperation with DSB utilizing an agile approach. In addition, the central role entails that the Solution for future planning will have a considerable number of integrations to existing DSB systems, not solely in the planning and dispatching process. The following main services can be highlighted covered by the contract on the Solution: II Main services:

A) Delivery of a configurable standard solution that supports planning and dispatching regarding:

- a) The disciplines rolling stock and crew planning;
- b) The time horizon from strategical, tactical, operational planning to dispatching and recovery;

B) Implementation of a standard solution delivered in partial deliveries structured by discipline and time horizon where each partial delivery is delivered in iterations using an agile method and implemented in a third-party operations environment;

C) Maintenance and support of a solution which demands a very high degree of stability and further development of the solution focusing on innovation to ensure a solution that is fully up-to date and consultancy regarding the solution.

#### II.2.5) Award criteria

Price is not the only award criterion and all criteria are stated only in the procurement documents

#### II.2.6) Estimated value

Value excluding VAT: 42 000 000.00 EUR

...

#### II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged number of candidates: 3

Objective criteria for choosing the limited number of candidates:

The limitation of candidates invited to tender will take place after an evaluation of which candidates have documented the most relevant references of deliveries, see section III.1.3), of the "Main services" covered by the

contract, which is listed in section II.2.4). The evaluation of the most relevant deliveries will be made on the basis of the extent to which the references document experience with delivery of “Main Services” comparable in terms of needs, requirements and volume to the main services covered by the contract, see the description in sections II.1.4) and II.2.4). The assessment of which candidates have documented the most relevant references will be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience, see above.

...

### III.1.3) Technical and professional ability

List and brief description of selection criteria: A list of the 5 most significant comparable “Main Services”, see section II.2.4), that the candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline. Only references relating to services carried out at the time of application will be given importance in the evaluation of which candidates have documented. The most relevant deliveries, see section II.2.9). Hence, in the event of an ongoing task, only the part of the services already having been performed at the time of application will be included in the evaluation of the reference. Each reference is requested to include a brief description of the delivery performed. The delivery description should include a clear description of the services set out in sections II.1.4) and II.2.4) to which the delivery related and The candidate's role(s) in the performance of the delivery. The reference is furthermore requested to include the financial value of the delivery (amount), date of delivery and name of the customer (recipient). When indicating the date of the delivery, the candidate is requested to indicate the date when the delivery was commenced and finalised. If that is not possible, e.g. if the tasks were performed on an ongoing basis under a framework agreement, the Candidate is asked to specify the circumstances of the date in the description ...”.

Frem til fristen for ansøgning om prækvalifikation blev der stillet en række spørgsmål i relation til vurderingen af referencer.

Den 29. marts 2019 stillede SISCOG følgende spørgsmål ID nr. 50629:

“Regarding the application for prequalification, will DSB and S-Tog deliveries be accepted as relevant references for this tender?”

DSB henviste ved besvarelsen af dette spørgsmål til spørgsmål ID nr. 50638 af 29. marts 2019, hvoraf følgende fremgår:

“... ”

3) Should we also consider the customer reference from the other transportation industry like Airlines etc.”

Svaret herpå lød:

“... ”

Regarding question 3:

It is the candidat's own assesment which references to be used in the prequalification application. As stated in the contract notice, punkt II.2.9)

”The limitation of candidates invited to tender will take place after an evaluation of which candidates have documented the most relevant references of deliveries, see section III.1.3), of the “Main services” covered by the contract, which is listed in section II.2.4). The evaluation of the most relevant deliveries will be made on the basis of the extent to which the references document experience with delivery of “Main Services” comparable in terms of needs, requirements and volume to the main services covered by the contract, see the description in sections II.1.4) and II.2.4). The assessment of which candidates have documented the most relevant references will be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience, see above.””

DSB afholdt den 29. marts 2019 et informationsmøde, hvor blandt andet SISCOG deltog. På mødet blev det gennemgået, hvordan udvælgelsen af ansøgere ville ske.

Den 3. april 2019 blev der stillet følgende spørgsmål:

”Which references are accepted or preferred?”

Hertil svarede DSB:

“The references that shall be submitted is based on the tenderer's own assesment. See the Contract Notice, II.2.9) and III.1.3) for further on the selection criteria and the references“

Den 8. april 2019 blev der stillet følgende spørgsmål:

”Based on what quantitative and/or qualitative criterion reference projects' descriptions included in the prequalification submission will be evaluated?”

DSB svarede hertil:

“The following is specified in the Contract Notice, II.2.9):

“The limitation of candidates invited to tender will take place after an evaluation of which candidates have documented the most relevant references of deliveries, see section III.1.3), of the “Main services” covered by the contract, which is listed in sections and II.2.4).

The evaluation of the most relevant deliveries will be made on the basis of the extent to which the references document experience with delivery of “Main services” comparable in terms of needs, requirements and volume to the main services covered by the contract, see the description in sections II.1.4) and II.2.4).

The assessment of which candidates have documented the most relevant references will be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience, see above.””

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 23. april 2019 modtog DSB som anført 8 ansøgninger, herunder fra SISCOG, der henviste til 5 referencer. To ansøgninger blev vurderet ikke at være konditionsmæssige.

DSB har under sagen fremlagt det interne evalueringsark, der dannede grundlag for drøftelserne i arbejdsgruppen, der blev nedsat i forbindelse med vurderingen af referencerne.

Det fremgår af evalueringsarket, at DSB tildelte hvert evalueringsniveau point efter følgende model:

Særdeles relevant	5	Dokumenteret i særdeles høj grad:
Meget relevant	4	Dokumenteret i meget høj grad:
Relevant	3	Dokumenteret i høj grad:
Mindre relevant	2	Dokumenteret i mindre grad
Ikke relevant	1	Ikke dokumenteret

Af evalueringsarket er følgende anført vedrørende de tre hovedydelse for så vidt angår SISCOG's referencer:

Hovedydelse A:

”Unclear whether the mentioned main services are within the required time frame (last 5 years). Not always clear whether there is offered a configurable standard solution. Reference 3 and 5 are within time frame, but less comparable in needs and volume, but does cover main services (planning and dispatching).”

Hovedydelse B:

“Agile approach mentioned, offered a configurable standard solution, not all references within time frame. References are less comparable in needs and requirements. Thir-party hosts mentioned.”

Hovedydelse C:

”Mentioning of innovation, degree of stability is not clear. Maintenance and support is mentioned. Upgrading is mentioned, too. Too overall description.”

Den samlede pointscore i forhold til bedømmelsen ”overall assesment of whether all the references together document a high degree of relevant experience” blev for hver hovedydelse angivet til 3.

I forbindelse med vurderingen af ansøgernes referencer udfærdigede DSB en prækvalifikationsrapport, hvor blandt andet følgende er anført:

”...

#### 4. PREQUALIFICATION EVALUATION

Against the selection criteria set out in section II.2.9), the candidates are given the following overall evaluations:

- documented a particularly high degree of experience with the main services
- documented a very high degree of experience with the main services
- documented a high degree of experience with the main services



- documented a less degree of experience with the main services
- not documented experience with the main services

...

#### 4.5 IVU Traffic Technologies AG

The evaluation of IVU Traffic Technologies AG's references is based on the 5 references included in the application. Though there is uncertainty regarding the types of services the candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline in reference 2, which is taken into consideration in the evaluation.

IVU Traffic Technologies AG is, overall, found to have documented a very high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B, C.

This is based on an overall assessment of IVU Traffic Technologies AG's references, where especially reference 1, 2 and 3 document the above-mentioned experience with delivery of the "Main services" comparable in terms of needs, requirements and volume.

#### 4.6 SISCOG, Link

The evaluation of SISCOG's references is based on the 5 references included in the application. Though there is uncertainty regarding the types of services the candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline in reference 1, 2, 4 and 5, which is taken into consideration in the evaluation.

SISCOG is, overall, found to have documented a high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B and C.

This is based on an overall assessment of SISCOG's references, where especially reference 1, 3 and 5 document the above-mentioned experience with delivery of the "Main services" comparable in terms of needs, requirements and volume.

..."

Ved brev af 9. maj 2019 til SISCOG meddelte DSB, at de tre prækvalificerede virksomheder var Capgemini Danmark A/S, IVU Traffic Technologies AG og T-Systems Nordic A/S. Som begrundelse for ikke at prækvalificere SISCOG anførte DSB følgende:

"...

SISCOG, Link has listed 5 references. The references are found to have documented a high degree of experience with the main services. Though there is uncertainty regarding the types of services the candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline in reference 1, 2, 4 and 5, which is taken into consideration in the evaluation.

SISCOG is, overall, found to have documented a high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B and C.

This is based on an overall assessment of SISCOG’s references, where especially reference 1, 3 and 5 document the above-mentioned experience with delivery of the “Main services” comparable in terms of needs, requirements and volume.

...”

Om evalueringen af de tre prækvalificerede virksomheder fremgår følgende af brevet:

”...

Capgemini Danmark A/S

Capgemini Danmark A/S has listed 5 references. The references are found to have documented a little more than a very high degree of experience with the main services.

Capgemini Danmark A/S is, overall, found to have documented a very high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A and C.

Capgemini Danmark A/S is furthermore, overall, found to have documented a particularly high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letter B.

This is based on an overall assessment of Capgemini Danmark A/S’ references, where especially reference 1, 2 and 4 document the above-mentioned experience with delivery of the “Main services” comparable in terms of needs, requirements and volume.

IVU Traffic Technologies AG

IVU Traffic Technologies AG has listed 5 references. The references are found to have documented a very high degree of experience with the main services. Though there is uncertainty regarding the types of services the

candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline in reference 2, which is taken into consideration in the evaluation.

IVU Traffic Technologies AG is, overall, found to have documented a very high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B, C.

This is based on an overall assessment of IVU Traffic Technologies AG’s references, where especially reference 1, 2 and 3 document the above-mentioned experience with delivery of the “Main services” comparable in terms of needs, requirements and volume.

#### T-Systems Nordic A/S

T-Systems Nordic A/S has listed 5 references. The references are found to have documented close to a very high degree of experience with the main services.

T-Systems Nordic A/S is, overall, found to have documented a high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letter A.

T-Systems Nordic A/S is furthermore, overall, found to have documented a very high degree of experience in delivering the “Main services” stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters B and C.

This is based on an overall assessment of T-Systems Nordic A/S’s references, where especially reference 4 and 5 document the above-mentioned experience with delivery of the “Main services” comparable in terms of needs, requirements and volume.

#### **Summary**

The evaluation has shown the following:

SISCOG, Link documented a high degree of experience with the main services. All the prequalified candidates have documented more relevant references of deliveries of the “Main services” covered by the contract, which is listed in section II.2.4). Capgemini Danmark A/S has documented a little more than a very high degree of experience with the main services. IVU Traffic Technologies AG has documented a very high degree of experience with the main services. T-Systems Nordic A/S has documented close to a very high degree of experience with the main services.

DSB refers to section VI.4.3 of the Contract Notice regarding the right of appeal of the decision not to prequalify SISCOG, Link.

...”

## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

SISCOG har gjort gældende, at DSB har foretaget en subjektiv og urigtig vurdering af SISCOG's referencer, og at en korrekt vurdering ville have medført, at SISCOG var blevet prækvalificeret.

#### *SISCOG's referencer*

De indleverede referencer vedrører Main Services som beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4. Referencerne dokumenterer SISCOG's omfattende erfaring med levering af Main Services inden for både kategori A), B) og C). Referencerne er sammenlignelige med Main Services for så vidt angår needs, requirements og volume.

DSB har foretaget en urigtig vurdering af SISCOG's referencer, idet DSB ved vurderingen har lagt vægt på, at der for så vidt angår reference 1, 2, 4 og 5 er usikkerhed om typen af ydelser, som SISCOG har leveret inden for de seneste 5 år frem til ansøgningsfristens udløb. Reference 1, 2, 4 og 5 vedrører alle leveringer inden for de seneste 5 år. De er sammenlignelige med den udbudte kontrakt. Leveringerne er sket til NS (Nederlandse Spoorwegen), S-tog, NSB (Norges Statsbaner) og Lisbon Metro. DSB kan på den baggrund ikke have været i tvivl om typen af ydelser, der er velbeskrevet i referencerne.

DSB anfører i afslagsbrevet, at SISCOG overordnet har dokumenteret en høj grad af erfaring med levering af Main Services. Denne vurdering var især baseret på reference 1, 3 og 5. Det er uklart, hvordan disse referencer adskiller sig fra reference 2 og 4.

Det er ligeledes uklart, hvordan der kan være usikkerhed om typen af ydelse, som SISCOG har leveret i blandt andet reference 1 og 5 samtidig med, at især reference 1, 3 og 5 dokumenterer SISCOG's store erfaring med levering af Main Services.

SISCOG har en højere grad af relevant erfaring med levering af Main Services end i hvert fald Capgemini Danmark A/S og T-Systems Nordic A/S.

Det er korrekt, at SISCOG i sine referencer havde angivet baggrundsoplysninger, der ikke var udført inden for de seneste fem år. Formålet med baggrundsoplysningerne var at give DSB den nødvendige baggrundsinformation til at kunne forstå det arbejde, SISCOG har udført de seneste fem år. SISCOG havde i sine referencer et afsnit med overskriften ”Work in the last five years”, der indeholdt en beskrivelse af det arbejde, der skulle danne baggrund for udvælgelsen.

Af evalueringsskemaet fremgår om SISCOG’s reference 1, hovedydelse C, følgende: “Not clear regarding stability/availability measures”.

Af SISCOG’s reference 1 fremgår følgende: “SISCOG has been providing maintenance of the system since 1998. Maintenance services include provision of user support, error correction (corrective maintenance), development of new features in the system and adaptation of the existing ones, supply of new versions of the product, and upgrade of the system to the new product versions. When the Real-time Dispatcher module started operation, the maintenance period for critical functionalities was extended to 24 hours a day, 7 days a week. In the last few years the number of high priority correction requests is very low (less than 3 a year) which shows the high stability of the system.”

Ved evalueringen af samme reference, har DSB for så vidt angår hovedydelse A anført følgende: ”Includes apparently optimization”.

Af SISCOG’s reference 1 fremgår oplysninger om optimering i baggrundsafsnittet, som beskriver de gevinster, Dutch Railways opnåede med optimeringen. Optimering er dog først og fremmest beskrevet i afsnittet ”Work in the last five years” under afsnittene “Automatic rescheduling in CREWS Real-time Dispatcher (2015)” og “Optimizer of CREWS Real-time Dispatcher specialized to allow prioritizing tasks (2016)”.

DSB’s brug af ordet ”tilsyneladende” indikerer således en ubegrundet usikkerhed for, om SISCOG med sin reference demonstrerer tilstrækkelig erfaring med optimering.

DSB har derfor foretaget en fejlagtig og mangelfuld vurdering af SISCOG’s reference 1. En korrekt vurdering ville have medført, at SISCOG var blevet tildelt en højere score for reference 1.

I sin evaluering af reference 1 har DSB endvidere anført følgende: “Is the case too old?”, og “samarbejdet strækker sig over 25+år”.

Det er usikkert, hvorvidt disse bemærkninger har haft betydning for DSB’s evaluering af referencen. SISCOG kan dog tilføje, at Dutch Railways er rangeret blandt de bedste jernbaner i verden, hvilket DSB burde være klar over. Når Dutch Railways anvender et system fra SISCOG, der er i vedvarende brug i mere end 20 år, må det lægges til grund, at systemet er særdeles vel-fungerende. Systemet er løbende blevet udviklet, herunder fået nye funktioner, samt er blevet tilpasset moderne teknologier. SISCOG er derfor uforstående overfor, hvordan SISCOG’s reference 1 kun har opnået 2,7 point ud af 5 mulige.

Det bestrides, at der for så vidt angår hovedydelse A har været grundlag for at fastslå, at det i forhold til SISCOG’s referencer “Not always [was] clear whether there is offered a configurable standard solution”.

Samtlige af SISCOG’s referencer indeholdt et diagram, hvoraf fremgår den anvendte standardløsning, jf. figur 1 i samtlige referencer.

Det må have været klart for DSB, at SISCOG’s referencer henviste til, at der var leveret en standardløsning inden for de seneste 5 år. Det bestrides, at det kan have været uklart, hvorvidt referencerne omfattede løsninger leveret med konfiguration, eller om tilpasning var leveret i form af udvikling.

Af SISCOG’s reference 1 fremgår under afsnittet ”Work in the Last Five Years” blandt andet følgende: “SISCOG has been providing maintenance of the system since 1998. Maintenance services include ..., supply of new versions of the product, ...”

Det var således klart for DSB, at det leverede system var baseret på en standardløsning samt, at systemkonfigurationen var tilpasset udviklingen af standardløsningen.

Herudover fremgår det af SISCOG’s referencer under afsnittet ”Concluding Remarks”, at: “SISCOG fully complies with the requirements of DSB: • SISCOG’s solutions address the development of configurable standard solutions ...”

Det fremgår således klart af SISCOG's referencer, at løsningen var leveret med konfiguration.

*IVU Traffic Technologies AG's referencer*

Det fremgår af evalueringsskemaet, at adskillige af IVU Traffic Technologies AG's ("IVU") referencer ifølge DSB's vurdering ikke var sammenlignelige med den udbudte ydelse. På trods heraf blev IVU tildelt 4 point for samtlige fem referencer og var således den ansøger, der opnåede den anden højeste score for sine referencer.

Som eksempel kan nævnes, at DSB ved vurderingen af IVU's reference 1, hovedydelse A) har anført, at "Implementation only for local city trains and not regional, therefore not making it completely comparable." På trods heraf tildeles IVU 4 point ud af 5 mulige.

For så vidt angår vurderingen af IVU's reference 1, hovedydelse C) har DSB anført følgende: "Mentioned an "up to date"-solution, though not mentioning "innovation". IVU has only repeated the mentioned main service in the contract notice. Difficult not to compare because of missing contract value." IVU tildeles 4 point.

Ved evalueringen af IVU's reference 2, hovedydelse A) har DSB blandt andet anført: "Missing start date and volume, making it difficult to compare" samt "Uncertainty because of not mentioned a start date." På trods heraf har DSB tildelt IVU 4 point.

Ved evalueringen af IVU's reference 3, hovedydelse A) har DSB angivet følgende:

"The reference regarding "rolling stock" is from 2010 and therefore too old to be evaluated. Though mentioned configurable standard solution that supports strategical, tactical and operational planning. The solution only mentioned trains, not making it completely comparable."

På trods af, at referencen på flere punkter ikke var sammenlignelig med den udbudte ydelse, tildelte DSB IVU 3 point herfor. Til sammenligning havde DSB tildelt SISCOG 2,6 point.

DSB har både til IVU's reference 3, hovedydelse B) og C) angivet, at referencen ikke var sammenlignelig på grund af "low volume".

Det fremgår endvidere af DSB's vurdering af IVU's reference 4 og 5, at IVU ikke havde oplyst referencernes kontraktværdi, hvorfor referencerne ikke var sammenlignelige med den udbudte ydelse.

DSB har således foretaget en ukorrekt vurdering af IVU's referencer, som har ført til en for høj pointgivning sammenholdt med de point, DSB har tildelt de øvrige ansøgers referencer, herunder SISCOG's.

#### *Pointtildelingen*

De point, som DSB tildelte ansøgerne, var gennemsnittet af en samlet score, som DSB tildelte ansøgerne for hver af de tre hovedydelse (A, B og C). Ansøgernes samlede score for hver hovedydelse (A, B og C) udgøres af fem "delpoint" – et for hver reference.

Ved beregning af ansøgernes samlede score for hver hovedydelse har DSB taget udgangspunkt i det højeste "delpoint", ansøgeren har opnået, og rundet dette op eller ned til nærmeste hele tal for derefter at tildele ansøgeren denne "afrundede score" som den samlede score for den pågældende hovedydelse. Dette uanset, om der er givet lavere "delpoint" for en eller to af de andre hovedydelse.

DSB har som udgangspunkt benyttet denne fremgangsmåde ved samtlige ansøgere og samtlige hovedydelse (A, B og C).

Som en enkelt undtagelse har DSB tildelt Capgemini Danmark A/S en samlet score på 5 point for hovedydelse B) på trods af, at Capgemini Danmark A/S har fået følgende "del-point": 4,0; 4,0; 3,3; 3,8 og 3.

Denne fremgangsmåde er vilkårlig og uigennemsigtig samt i strid med udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9, hvorefter: "...The assessment of which candidates have documented the most relevant references will be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience, ..."

DSB burde i stedet have anvendt gennemsnittet af "delpointene" for hver hovedydelse for at nå den samlede score for hver hovedydelse, når det ikke af



udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet i øvrigt fremgår, hvorledes delpointene vægtes.

Hvis DSB havde beregnet ansøgernes score for hver hovedydelse ved brug af gennemsnitsmetoden, ville SISCOG have opnået den tredjehøjeste score for sine referencer og var dermed blevet prækvalificeret i stedet for T-Systems Nordic A/S.

DSB's vilkårlige og uigennemsigtige beregning af point udgør en alvorlig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet og har medført, at SISCOG fejlagtigt ikke er blevet prækvalificeret.

Evalueringsarket indeholder som anført både delpoint til samtlige referencer i relation til hovedydelse A), B) og C) med tilhørende kommentarer samt en endelige score til samtlige referencer.

SISCOG havde på denne baggrund en berettiget forventning om, at evalueringsarket lå til grund for den endelige bedømmelse af referencerne.

Det var først i duplikken, at DSB oplyste, at det fremlagte evalueringsark alene udgjorde et arbejdsredskab, og at pointene i evalueringsarket ikke havde været anvendt til at beregne den endelige bedømmelse af referencerne, og at kommentarerne i evalueringsarket var ufuldstændige.

DSB er forpligtet til at dokumentere sin evaluering af referencerne på en sådan måde, at ansøgerne kan kontrollere, at udvælgelsen er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne samt som foreskrevet i udbudsmaterialet. Dette kunne eksempelvis være sket ved brug af referater af de workshops, hvorpå DSB påstår, at den endelige bedømmelse blev fastlagt.

DSB har på eget initiativ udarbejdet og siden fremlagt evalueringsarket. Det er derfor DSB's ansvar, at evalueringsarket er korrekt og fuldstændigt. SISCOG er berettiget til at lægge de fremlagte kommentarer til grund som fuldstændige.

DSB's evaluering af referencerne er som anført sket på uigennemsigtig vis, herunder da der ikke foreligger den påståede sporbarhed og ensartethed. Ved vurderingen heraf bør klagenævnet lægge det fremlagte evalueringsark og evalueringsnotat til grund, idet det forekommer påfaldende, at DSB efter - i

forbindelse med klagesagen - at være blevet gjort bekendt med, at pointene i disse ikke giver det i evalueringsnotatet anførte resultat, anfører, at evalueringsarket alene er et arbejdsdokument, der ikke har dannet grundlag for vurderingen. Klagenævnet kan ikke tage højde for udokumenterede, mundtlige drøftelser foretaget af DSB, i hvert fald ikke hvor disse er i strid med et fremlagt dokument.

Det er DSB's ansvar, at man har undladt at oplyse sagen tilstrækkeligt ved alene at fremlægge de ikke-ekstraherede referencer for klagenævnet.

DSB har overordnet gjort gældende, at DSB's tilrettelæggelse og gennemførelse af prækvalifikationen var i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Tilrettelæggelsen og gennemførelsen af prækvalifikation, herunder udvælgelsen og beslutningen om ikke at prækvalificere SISCOG, blev foretaget i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne og det i udbudsbekendtgørelsen anførte.

DSB har nærmere gjort gældende, at de nævnte "Main Services" i udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.4) vedrører de hovedydelse, der skulle leveres på forskellige tidspunkter i kontraktfasen. Overordnet vedrører hovedydelse A levering af et system, hovedydelse B implementeringen heraf, mens hovedydelse C vedrører vedligeholdelse og support heraf.

Referencerne forudsættes tilsammen at kunne dokumentere ansøgernes erfaring med de tre hovedydelse. Hovedydelse ligger tidsmæssigt forskudt. Derfor vil én reference kunne bruges til at dokumentere erfaring med f.eks. vedligeholdelse og support af et system, selv om selve implementeringen af systemet lå senere end 5 år før ansøgningsfristens udløb. Hvis dette var tilfældet, ville referencen kun blive vurderet som relevant i forhold til hovedydelse C.

Det var ansøgernes ansvar at sikre, at de indleverede referencer til sammen dokumenterede erfaring med hovedydelse. Dette fremgik klart af udbudsbekendtgørelsen, og det blev i øvrigt uddybet i den efterfølgende spørgsmål/svar-fase samt på informationsmødet den 29. marts 2019.

Ansøgningsfristen var den 23. april 2019 kl. 9. Alt arbejde udført før den 23. april 2014 kunne DSB ikke lægge vægt på.

SISCOG har i sine referencer anført baggrundsinformation om en række ydelser, der ikke er udført i de seneste fem år op til ansøgningsfristens udløb. I hver reference er der samtidig et afsnit benævnt ”Work in the Last Five Years”. Ved evalueringen af SISCOG har DSB lagt vægt på de ydelser, der er beskrevet i afsnittet ”Work in the Last Five Years” ved vurderingen af, hvorvidt det beskrevne heri dokumenterer erfaring med levering af hovedydelse. Den nævnte usikkerhed om levering af ydelserne, som SISCOG henviser til, går ikke på, hvilke ydelser der er leveret i perioden, som er beskrevet i afsnittet ”Work in the Last Five Years”, men derimod på om disse mindre, enkeltstående delleverancer giver en sammenhængende dækning i forhold til DSB’s efterspurgte hovedydelser som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Når DSB anfører, at der særligt er lagt vægt på hovedydelse 1, 3 og 5, men samtidig bemærker, at der er tvivl om typen af ydelserne leveret i disse referencer, skyldes dette, at referencerne kan anvendes til at dokumentere erfaring med hovedydelse C (vedligeholdelse og support), men er mindre anvendelige ved f.eks. hovedydelse A (levering), og at denne usikkerhed er medtaget i vurderingen. Dette er baggrunden for, at f.eks. reference 1 kan være relevant ved vurdering af én af hovedydelse, men synes mindre relevant i forhold til de andre hovedydelser.

Det påhviler SISCOG at godtgøre, at DSB ved skønnet har inddraget usaglige elementer i sit skøn eller overskredet grænsen for skønnet som fastlagt i lovgivningen.

Det grundlag, som skønnet blev udført på baggrund af, var sagligt og inden for udbudsrettens regler samt i øvrigt fuldt ud i overensstemmelse med det anførte i udbudsbekendtgørelsen. Det har været klart for ansøgerne, hvordan ”mest relevante referencer” ville blive evalueret og vægtet, og DSB gik ikke uden for rammerne af det skøn, der tilkommer DSB som ordregiver.

### *SISCOG's referencer 1 (Dutch Railways)*

SISCOG's bemærkninger vedrørende referencerne angår primært de modtagne kommentarer fra medlemmerne i arbejdsgruppen, som blev indsat i arket under hver reference. Disse kommentarer var ikke udtryk for DSB's endelige vurdering.

### Hovedydelse C

I SISCOG's reference 1 lå dele af det beskrevne arbejde tidligere end 5 år før ansøgningsfristens udløb. Det fremgik således af reference 1 at: "This component started operation in 2012". Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.1.3) var DSB derfor afskåret fra at lægge vægt på de beskrevne forhold, da disse vedrørte en periode tidligere end 5 år før ansøgningsfristens udløb.

I reference 1 beskrev SISCOG også arbejder, som var udført de seneste 5 år, men det nævnte modul "Real-time Dispatcher" fremstod som en delmængde af et mere omfattende system, og det var derfor uklart for DSB, i hvilket omfang den beskrevne stabilitet for modulet "Real-time Dispatcher" var repræsentativt for hele systemet.

Der kan i den forbindelse ikke lægges vægt på de individuelle kommentarer fra arbejdsgruppen i referencen, da evalueringsarket netop var et arbejdsdokument og diskussionsoplæg med flere fagpersoners holdninger og umiddelbare observationer.

Der skal derimod ses på den samlede evaluering for hovedydelse C i evalueringsarket, hvor følgende var angivet: "Mentioning of innovation, degree of stability is not clear. Maintenance and support is mentioned. Upgradering is mentioned, too. Too overall description"

Herudover fremgik følgende vedrørende hovedydelse C i evalueringsnotatet: "SISCOG is, overall, found to have documented a high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B and C."

Den kommentar, som SISCOG har henvist til, er taget ud af kontekst fra et arbejdsdokument, og den skal forstås i den sammenhæng, hvori den indgik. Kommentaren var udtryk for et enkelt medlem af arbejdsgruppens observa-

tioner, som indgik i en efterfølgende samlet evaluering. I den samlede evaluering var usikkerheden fremhævet ved den samlede evaluering af hovedydelse C. DSB har således taget højde for, at dele af systemet var i drift, men da dette kun blev oplyst i relation til et modul, blev det vurderet, at der var en usikkerhed om, hvorvidt dette var repræsentativt for hele systemet.

#### Hovedydelse A

Af den samlede vurdering vedrørende ydelsen fremgik af evalueringsarket: "Unclear whether the mentioned main services are within the required time frame (last 5 years). Not always clear whether there is offered a configurable standard solution. Reference 3 and 5 are within time frame, but less comparable in needs and volume, but does cover main services (planning and dispatching)."

Herudover fremgik følgende vedrørende hovedydelse A i evalueringsnotatet: "SISCOG is, overall, found to have documented a high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B and C."

I den samlede vurdering af SISCOG's hovedydelse A fremgik det ikke af SISCOG refererede vedrørende "Includes apparently optimization", hvilket skyldes, at der ikke var denne usikkerhed efter, at arbejdsgruppen havde diskuteret referencen.

SISCOG henviser i øvrigt vedrørende samme hovedydelse til, at det var usikkert, hvorvidt bemærkningerne "Is the case too old", og "samarbejdet strækker sig over 25+år", har haft betydning for evalueringen af referencen. Disse kommentarer er ligeledes taget ud af kontekst med de øvrige kommentarer, da følgende kommentarer også fremgik af afsnittet for reference 1, hovedydelse A:

"Is the case too old? Upgrade in 2017+2019 = OK! Only crew planning and dispatching, but large size problem. Includes apparently optimization.

-----

- i de sidste 5 år omfatter referencen stort set kun forbedringer og udvikling dækket af vedligeholdelseskontrakten
- samarbejdet strækker sig over 25+ år
- den nuværende platform er bl.a. et resultat af dette samarbejde."

Evalueringsarket var som anført blot et arbejdsdokument, og det angivne til hver reference var én kommentar fra en ud af flere fagpersoner. Det var således ikke udtryk for en endelig bedømmelse, da denne fremgik af kolonnen til højre for den samlede evaluering af hovedydelse A og i evalueringsnotatet.

Den ”usikkerhed”, som SISCOG gengiver, var således netop omtalt og behandlet i kommentarerne.

Det bestrides, at DSB skulle have lagt vægt på, at Dutch Railways har anvendt SISCOG’s system i over 20 år, og at ”Dutch Railways er rangeret blandt de bedste jernbaner i verden”.

Det vil være i strid med principperne om ligebehandling og transparens i udbuds- og forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis DSB’s forkundskab til én ansøgers referencer skulle indgå i vurderingen og medføre en bedre evaluering end, hvad der følger af det i ansøgningen angivne. DSB har derfor holdt sig til den i udbudsbekendtgørelsens, afsnit II.1.3), angivne metode, hvor der blev lagt vægt på det i ansøgningen beskrevne arbejde de seneste 5 år op til ansøgningsfristens udløb.

Den nævnte usikkerhed i forhold til SISCOG’s referencer i relation til hovedydelse A om, at det var *“Unclear whether the mentioned main services are within the required time frame (last 5 years). Not always clear whether there is offered a configurable standard solution. Reference 3 and 5 are within time frame, but less comparable in needs and volume, but does cover main services (planning and dispatching)”* gik ikke på, hvorvidt SISCOG havde leveret en standardløsning, men derimod hvorvidt det var en standardløsning leveret inden for de seneste 5 år. Det bestrides, at figur 1 til referencerne skulle kunne vise, at der i de seneste 5 år var leveret en standardløsning. Det var uklart for DSB, om løsningen var leveret med konfiguration, eller om tilpasninger var leveret i form af udvikling (udviklingsopgaver).

SISCOG beskriver eksempelvis arbejde udført i hhv. 2014, 2017, 2018 og 2019. Der nævnes udelukkende ”developed” ved omtale af løsningen og ikke ”configurable”, hvilket medførte, at det ikke var klart for DSB, om løsningen var leveret med konfiguration, eller om tilpasninger var leveret i form af udvikling.

Derudover angiver SISCOG følgende i reference 1 i afsnittet ”Work in the Last Five Years”:

“SISCOG has been providing maintenance of the system since 1998. Maintenance services include provision of user support, error correction (corrective maintenance), development of new features in the system and adaptation of the existing ones, supply of new versions of the product, and upgrade of the system to the new product versions.”

På baggrund af denne beskrivelse, herunder passagen ”supply of new versions of the product”, var der for DSB en usikkerhed om, hvorvidt der inden for de seneste 5 år faktisk blev leveret en standardløsning, herunder om leverancerne omfattede konfiguration, og ikke blot ”videreudvikling” eller ”opgradering”.

Både i afsnittet ”Summary” og afsnittet ”Concluding remarks” angiver SISCOG at opsummere, hvad der er angivet i referencerne. Opsummeringen fremstår dog mere som en anprisning af SISCOG’s løsning. Opsummeringen fremstår løsrevet fra referencerne og fremstår mere som en gentagelse af det, DSB har angivet vil blive tillagt vægt ved evalueringen af referencerne, jf. udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.4. Derudover omfatter opsummeringen arbejderne udført op til hhv. 26 år og 30 år tilbage, og der angives ligeledes følgende:

“As described in this document, along the years, SISCOG developed a configurable standard solution ...

The work developed over the last five years mainly addresses maintenance and support and further development of the system, some of the new developments were delivered in partial deliveries ...”

SISCOG angiver således selv i opsummeringen, at der de seneste 5 år hovedsageligt (”mainly”) blev leveret vedligeholdelse, support og videreudvikling af systemet. Disse afsnit underbygger derfor den usikkerhed, DSB havde i forhold til, hvorvidt der inden for de seneste 5 år faktisk blev leveret en standardløsning, som blev konfigureret.

#### *Evalueringen af IVU*

De tekststykker, som SISCOG har henvist til, er taget ud af en kontekst fra arbejdsdokumentet og repræsenterer blot én ud af flere fagpersoners forudgående kommentarer til referencen.

Reference 1 var en reference, der omfattede alle hovedydelse, og den var over dobbelt så stor i størrelse og kompleksitet som DSB, og dens relevans var derfor særdeles høj. Referencen omfattede desuden regional trafik.

Evalueringen af reference 2 fremgik af den endelige evaluering, som blev afspejlet i evalueringsnotatet, afsnit 4.5, hvor der står: "Though there is uncertainty regarding the types of services the candidate has carried out in the last 5 years before the expiry of the application deadline in reference 2, which is taken into consideration in the evaluation."

IVU's reference 2 blev primært anvendt i den samlede evaluering for så vidt angår hovedydelse C, da disse ydelser blev leveret inden for de seneste 5 år op til ansøgningsfristens udløb.

I forhold til reference 3 var denne fra 2010 og blev derfor ikke taget i betragtning i relation til levering af hovedydelse A i forhold til "rolling stock", men "rolling stock" var blot en ud af flere ydelser i hovedydelse A. Denne usikkerhed blev netop medtaget i evalueringen af reference 3 for så vidt angår hovedydelse A.

Evalueringsarket udmøntede sig i evalueringsnotatet, hvor følgende var angivet i afsnit 4.5: "IVU Traffic Technologies AG is, overall, found to have documented a very high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letters A, B, C.

This is based on an overall assessment of IVU Traffic Technologies AG's references, where especially reference 1, 2 and 3 document the above-mentioned experience with delivery of the "Main services" comparable in terms of needs, requirements and volume."

Dette blev således DSB's endelige vurdering af IVU, og de af SISCOG citerede afsnit fra et arbejdsdokumentet var blot fagpersoners forudgående kommentarer, der blev drøftet i gruppen, hvorefter den endelige vurdering dels blev indskrevet i kolonnen til højre for den samlede vurdering for hver hovedydelse i evalueringsarket, og dels blev endeligt formuleret i den samlede evaluering i evalueringsnotatet.



Alle ansøgernes referencer, herunder IVU's, blev således evalueret korrekt og på ens grundlag, og DSB fastholder den samlede evaluering, således som den er angivet i evalueringsnotatet samt evalueringsarket, "Samlet score" med kort begrundelse.

Efter udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3) blev ansøgerne anmodet om at oplyse den økonomiske værdi af leveringen, datoen for leveringen samt datoen for leveringens påbegyndelse og afslutning for de enkelte referencer. Der var imidlertid ingen krav, herunder mindstekrav, stillet til at informere om disse forhold. Eventuel usikkerhed om oplysningerne kunne blot komme ansøgerne til last, hvilket der netop ses eksempler på ved IVU's reference 2, hvor usikkerheden om startdatoer og kontraktværdi blev drøftet for reference 2 for hovedydelse A-C.

Den omstændighed, at reference 4 og 5 ikke angav kontraktværdier, trak ned i den samlede vurdering af de to referencer. Referencerne blev i øvrigt ikke vurderet at bidrage til yderligere og mere, end hvad fulgte af reference 1, 2 og 3. Dette fremgik af begrundelsen i evalueringsnotatet, hvor det blev fremhævet, at den samlede vurdering særligt var baseret på reference 1, 2 og 3.

#### *Pointtildeling*

Efter udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9) ville der blive foretaget en samlet vurdering af ansøgerens referencer i forhold til, hvorvidt disse referencer tilsammen dokumenterede relevant erfaring med kontraktens hovedydelser.

DSB nedsatte en særlig arbejdsgruppe bestående af 11 personer til at gennemføre den samlede prækvalifikation, herunder gennemgå ansøgningerne og foretage den faglige vurdering af de indsendte referencer. Arbejdsgruppens medlemmer havde forskellige faglige forudsætninger og dækkede derfor bredt fagligt. Til brug for arbejdet scorede hver af disse 11 fagpersoner i arbejdsgruppen referencerne på en skala fra 1-5 i hver deres støtteark for bedre at kunne skabe et grundlag for de efterfølgende drøftelser i arbejdsgruppen i relation til bedømmelsen i forhold til udvælgelseskriteriet.

Derefter mødtes fagpersonerne til workshops. Forud for workshops blev hver af de 11 fagpersoners vurderinger konsolideret i én version, der resulterede i evalueringsarket. Der kan derfor godt være kommentarer under hver reference, som øvrige medlemmer i arbejdsgruppen ikke har været enige i, ligesom der kan være modstrid i de modtagne og dermed angivne kommentarer

i evalueringsarket til en reference. Disse var kun relevante i det omfang, de blev gengivet i den samlede vurdering i evalueringsarket i de grønne kolonner og i evalueringsnotatet.

I evalueringsarket var der ligeledes udregnet et gennemsnit af disse 11 personers scorer. Gennemsnittet fremgik af de gule felter i evalueringsarket. Gennemsnittet blev herefter anvendt på de omtalte workshops, hvor de enkelte deltageres kommentarer og vurderinger blev drøftet, og hvor den samlede vurdering af ansøgernes referencer blev drøftet og endeligt fastlagt.

Gennemsnitsscoren på hver enkelt reference blev sammen med indholdet af referencerne således anvendt til den samlede skønsmæssige vurdering, men blev ikke anvendt til at beregne en samlet pointscore, herunder blev scoren ikke rundet op hhv. ned til nærmeste hele tal, ligesom den ikke blev anvendt i en gennemsnitsberegning. Tilsvarende blev de enkelte deltageres kommentarer drøftet.

Evalueringsarket blev således kun anvendt som et internt arbejdsredskab til at danne et sammenligningsgrundlag blandt deltagerne i arbejdsgruppen (via pointskalaen fra 1-5), hvorefter arbejdsgruppen foretog en samlet bedømmelse af referencerne.

Et eksempel på dette kan ses ved vurderingen af Capgemini Danmark A/S' hovedydelse B, hvor gennemsnitsscoren ikke er højere end 4 point for hver enkelt reference. DSB skønnede, at referencerne tilsammen dokumenterede "... a particularly high degree of experience in delivering the "Main services" stated in the Contract Notice, section II.2.4), letter B", jf. evalueringsnotatet, afsnit 4.1. Dette illustrerer, at der ikke blev foretaget beregninger, men at der blev udøvet en samlet skønsmæssig bedømmelse af hver ansøgers referencer. De angivne gennemsnitsscorer i evalueringsarket fungerede kun som et arbejdsværktøj til arbejdsgruppens bedømmelse samt udøvelse af skønnet.

Denne fremgangsmåde blev anvendt ved alle ansøgernes referencer, hvorefter der blev foretaget en samlet bedømmelse, som blev angivet som en samlet score i evalueringsarket i den yderste kolonne til højre markeret med grønt. Denne endelige samlede bedømmelse blev angivet i evalueringsnotatet.

Fremgangsmåden illustreres også af, at der ikke blev givet point i evalueringsnotatet, hvilket hænger sammen med, at prækvalifikationen ikke har været – og heller ikke bør være – en matematisk øvelse. Tværtimod var vurderingen nødt til at blive truffet på baggrund af en samlet vurdering, hvor tal kan bruges som et værktøj til, men ikke som erstatning for et skøn, herunder at undergive skønnet en matematisk beregningsregel. Hver ansøger blev givet en samlet vurdering i overensstemmelse med metoden beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Begrundelsen, der er angivet i afslagsbrevet til SISCOG, var den begrundelse, som opsummerede den samlede vurdering. Det ville savne mening at henvise til et internt arbejdsdokument (evalueringsarket) som begrundelse.

Da DSB hverken har henvist til evalueringsarket i evalueringsnotatet eller i sin begrundelse til SISCOG, kan SISCOG ikke have haft en ”berettiget forventning om, at evalueringsarket lå til grund for den endelige bedømmelse af referencerne”.

Den af SISCOG foreslåede metode (gennemsnitsberegning) kan ikke anvendes, da den er udtryk for en ren matematisk øvelse, der direkte strider imod fremgangsmåden beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, afsnit II.2.9). Gennemsnitsmodellen vurderes i øvrigt at være uegnet som udvælgelsesmetode, da en ansøger, som angiver fire referencer, der samlet dokumenterer ”a particular high degree of experience”, ved at angive en femte meget ringe reference – som følge af gennemsnitsberegningen – vil kunne opnå en ringere samlet bedømmelse. Desuden vil en ansøger, som angiver flere referencer, der isoleret set ikke kan begrunde et niveau i vurderingen, men som supplerer hinanden, ikke – som følge af gennemsnitsberegningen – kunne opnå det niveau, som referencerne samlet set berettiger til.

Alle ansøgernes referencer blev evalueret ud fra en samlet vurdering af, i hvor høj grad referencerne tilsammen dokumenterede erfaring med de i udbudsbekendtgørelsen angivne hovedydelse, og DSB har således fulgt den i udbudsbekendtgørelsen, afsnit II.2.9), angivne fremgangsmåde.

Det bestrides, at DSB skulle have undladt at oplyse sagen. DSB har netop ved at fremlægge interne arbejdsdokumenter fremlagt alle relevante dokumenter, og der er dermed sikret fuld gennemsigtighed i sagen.

Det savner mening, når SISCOG henviser til, at der ikke er referat eller dokumentation fra workshops, når evalueringsarket netop er fremlagt for at vise, hvad der blev drøftet og sidenhen konkluderet. Derfra blev den endelige bedømmelse – baseret på en samlet vurdering og ikke en matematisk øvelse – foretaget i evalueringsnotatet og afslagsbrevene.

### Ad påstand 2

SISCOG har gjort gældende, at den ved påstand 1 konstaterede overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 er væsentlig, og at den førte til, at SISCOG blev udelukket fra at deltage i udbuddet, selv om SISCOG var egnet, og referencerne dokumenterede SISCOG's omfattende erfaring med levering af ydelser tilsvarende Main Services.

DSB har gjort gældende, at det ikke er tilstrækkeligt klart, hvilke udbudsprincipper i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, som SISCOG mener skulle være overtrådt, og hvordan disse skulle være overtrådt med det, der er gjort gældende under påstand 1.

SISCOG's ansøgning blev vurderet konditionsmæssig, og DSB's skøn hvilede som anført på et sagligt grundlag og lå inden for rammerne af det skøn, der tilkommer DSB som ordregiver. Der er derfor ikke grundlag for annullation af prækvalifikationsbeslutningen.

### Ad påstand 3

SISCOG har gjort gældende, at DSB har fastsat et uigennemsigtigt kriterium for udvælgelse af ansøgere.

SISCOG's manglende prækvalifikation som følge af utilstrækkelige referencer må skyldes, at det ikke har været klart og gennemsigtigt for SISCOG, hvordan de skulle opfylde udvælgelseskriteriet.

DSB anførte i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9), at udvælgelsen af prækvalificerede ansøgere ville blive foretaget på baggrund af, hvilke ansøgere der havde dokumenteret de mest relevante referencer på levering af ydelser, der var sammenlignelige med Main Services.

Efter udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) ville DSB ved evalueringen lægge vægt på, hvilke referencer der var sammenlignelige med Main Services for så vidt angår "needs, requirements and volume". Main Services var defineret i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) og var opdelt i tre kategorier: A), B) og C).

DSB havde ikke oplyst, hvordan DSB ville prioritere referencer på ydelserne i kategori A), B) og C), herunder om disse blev vægtet lige, eller om referencer inden for én kategori blev prioriteret højere end referencer inden for en anden kategori.

DSB havde endvidere ikke oplyst, hvordan referencer, der var sammenlignelige for så vidt angår needs, requirements og volume, blev prioriteret. DSB havde således ikke oplyst, om parametrene blev vægtet lige, eller om referencer, som var sammenlignelige på et af de nævnte parametre, f.eks. volume, blev vægtet tungere end referencer, der var sammenlignelige for så vidt angår needs og requirements.

Det var derfor ikke gennemsigtigt for SISCOG, hvordan DSB ville vurdere referencerne. Dermed var det heller ikke muligt at udvælge de bedst egnede referencer. DSB's anvendelse af et uigennemsigtigt udvælgelseskræterium medførte reelt, at DSB ved udvælgelsen af ansøgere havde et frit skøn i strid med udbudsretten, jf. udbudslovens § 145, stk. 2, og forarbejderne hertil.

Principperne i udbudslovens § 145, stk. 2, finder ligeledes anvendelse på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

DSB har gjort gældende, at DSB havde beskrevet et objektivt og gennemsigtigt udvælgelseskræterium og retningslinjer herfor i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9), jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 1, litra b og c, samt artikel 78, stk. 1 og 2.

DSB havde i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9) fastlagt og offentliggjort det konkrete udvælgelseskræterium og fremgangsmåden for udvælgelsen.

I udvælgelseskræteriet var der således en klar henvisning til de hovedydelser, som kontrakten omfattede, og som var beskrevet og tydelig fremhævet i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.4).

DSB havde i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3) tillige opfordret til, at referencebeskrivelserne skulle tage udgangspunkt i de tre hovedydelse.

Udvælgelseskriteriet var udformet for at sikre og understøtte sammenhængen til de hovedydelse, som kontrakten omfattede, og for at sikre, at relevansvurderingen blev foretaget i henhold til kontraktens genstand og på et objektivt og ensartet grundlag, således at de bedst egnede ansøgere samlet set i forhold til den udbudte kontrakt ville blive udvalgt.

Det var således gennemsigtigt for SISCOG og de øvrige ansøgere, at relevansvurderingen ville blive foretaget på baggrund af, hvorvidt og i hvilket omfang referencerne dokumenterede erfaring med levering af ydelse, der var sammenlignelige med hovedydelse. Hovedydelse var i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.4) tydeligt markeret, ligesom de var fyldestgørende beskrevet. Ansøgere var derfor fuldt ud bekendte med, hvad der konkret ville blive tillagt betydning ved bedømmelsen af referencerne.

Det fremgik i forlængelse heraf i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9), at alle referencer ville blive vurderet, og at dette skete med henblik på at vurdere, hvorvidt referencerne tilsammen dokumenterede relevant erfaring med hovedydelse. Vurderingen af, om referencerne tilsammen dokumenterede relevant erfaring, skulle netop understøtte, at der blev foretaget en vurdering af alle referencer i forhold til hovedydelse, og at referencerne kunne supplere hinanden i forhold til hovedydelse på en måde, der gjorde, at referencerne tilsammen dokumenterede en høj grad af relevant erfaring.

Der kunne f.eks. være én reference, der dokumenterede relevant erfaring med én hovedydelse, f.eks. support, men som ikke dækkede de øvrige referencer. I et sådant tilfælde ville den pågældende reference kunne trække den samlede vurdering op, da der blev foretaget en vurdering af, om referencerne tilsammen dokumenterede erfaring med hovedydelse.

DSB gennemførte selve udvælgelsen inden for rammerne af det beskrevne udvælgelseskriterium og udbudsreglerne i øvrigt.

Vurderingen af referencerne blev foretaget med de overordnede vurderinger, herunder ratings fra 1-5 point, der var gengivet i prækvalifikationsnotatet.

Den faglige vurdering og dermed udvælgelsen blev foretaget af arbejdsgruppen i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen, således at de enkelte referencer blev vurderet i forhold til hver af de tre hovedydelse. Herefter blev referencerne vurderet på tværs af de enkelte hovedydelse med henblik på at foretage en samlet vurdering af, i hvilket omfang referencerne tilsammen dokumenterede erfaring med de enkelte hovedydelse. På den baggrund blev der foretaget en samlet vurdering af ansøgerens referencer i forhold til hovedydelse, hvor den dokumenterede erfaring med hovedydelse indgik lige.

Dette blev afspejlet i prækvalifikationsnotatet, hvor der udførligt henvises til de relevante afsnit fra udbudsbekendtgørelsen, ligesom det fremgår af brevet til SISCOG.

Der var således fuld sporbarhed og overensstemmelse mellem det angivne udvælgelseskriterium i udbudsbekendtgørelsen og den gennemførte udvælgelse, herunder begrundelsen for udvælgelsen af de tre ansøgere og afslaget til SISCOG.

DSB bestrider på den baggrund, at udbudsbekendtgørelsens udvælgelseskriterium og den gennemførte udvælgelse ikke har været gennemsigtig eller ikke baseret på objektive kriterier.

DSB har ikke været forpligtet til at oplyse, hvordan DSB ville prioritere referencerne i forhold til ydelse A), B) og C), herunder om de blev vægtet lige, ligesom DSB heller ikke var forpligtet hertil i forhold til ”needs, requirements and volume”, da vurderingen skete på baggrund af en samlet bedømmelse.

#### Ad påstand 4

SISCOG har gjort gældende, at klagenævnet skal udstede påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren.

Den ved påstand 3 konstaterede overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 er væsentlig og fører til, at DSB har haft et frit skøn ved udvælgelsen af ansøgere i strid med udbudsretten. Det fastsatte udvælgelseskriterium kan således ikke danne grundlag for en lovlig prækvalifikation.

DSB har gjort gældende, at DSB som anført har udøvet sit skøn inden for de rammer, som udvælgelseskriteriet har fastlagt og dermed i overensstemmelse med udbudsrettens regler, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

#### Ad påstand 5

SISCOG har gjort gældende, at de under påstand 1 og påstand 3 konstaterede overtrædelser er væsentlige og fører til, at DSB har foretaget en fejlagtig prækvalifikation, der ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Såfremt DSB på tidspunktet for klagenævnets afgørelse i sagen har tildelt kontrakten til en af de prækvalificerede ansøgere, skal klagenævnet derfor annullere DSB's tildelingsbeslutning.

DSB har gjort gældende, at påstanden skal afvises, da DSB endnu ikke har tildelt kontrakten.

#### Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelse af 3. juli 2019 udtalt:

##### ”Ad påstand 1

DSB's begrænsning af antallet af ansøgere fra de 6 egnede til de 3, der skulle prækvalificeres, bygger i sagens natur i et vist omfang på et skøn. Det følger af helt fast praksis, at en ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres.

Klagenævnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for DSB's saglige skøn. Klagenævnet har således ikke mulighed for selvstændigt at vurdere relevansen af referencerne fra SISCOG og de øvrige ansøgere, herunder hvorvidt referencerne dokumenterer erfaring med levering af ydelser, der er sammenlignelige med de hovedydelser, kontrakten omfatter, eller om DSB har givet for lave point for virksomhedens referencer.

Et sådant skøn kan efter fast praksis kun tilsidesættes, hvis det er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.



Afgørelsen af, om og i hvilket omfang en reference er relevant, må træffes dels ud fra beskrivelsen af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.4), dels ud fra de krav til referencerne, som er beskrevet i punkt II.2.9), og dels på grundlag af de oplysninger, der er anført i ansøgningen om prækvalifikation.

Ansøgerne bærer efter helt fast praksis risikoen for ufuldstændigheder eller uklarheder i ansøgningen. DSB havde da også i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3) anført, at "The delivery description should include a clear description of the services set out in section II.1.4 and II.2.4 to which the delivery related and The candidate's role(s) in the performance of the delivery."

DSB har under sagen fastholdt resultatet af evalueringen for så vidt angår SISCOG og har præciseret, at den nævnte usikkerhed om levering af ydelserne for så vidt angår reference 1, 2, 4 og 5 ikke går på, hvilke ydelser der er leveret i perioden, som er beskrevet i afsnittet "Work in the Last Five Years", men derimod på, om disse mindre, enkeltstående delleverancer gav en sammenhængende dækning i forhold til DSB's efterspurgte hovedydelser som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen, oplysningerne i afslagsbrevet til SISCOG og evalueringsnotatet sammenholdt med SISCOG's beskrivelse af sine referencer er der efter de foreløbigt foreliggende oplysninger ikke grundlag for at fastslå, at DSB's skøn over relevansen af de referencer, som SISCOG vedlagde sin ansøgning, var åbenbart urigtigt, eller at DSB ved skønnet har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

### Ad påstand 3

En ordregiver skal ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 1 og 2, jf. artikel 76, stk. 1, litra b og c, fastlægge objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af tilbudsgivere eller ansøgere.

Ved fastlæggelsen af kriterier, der benyttes ved udvælgelsen, har ordregiveren et vidt skøn, så længe kriterierne er saglige og relevante.

Det er ikke et krav, at kriterier for udvælgelse vægtes, så længe det er klart, hvordan de enkelte kriterier vil blive bedømt i forhold til hinanden. En prioritering skal dog angives, hvis ordregiveren tillægger visse kriterier særlig vægt.

Det var i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) fastsat, at begrænsningen af antallet af ansøgere, som ville blive opfordret til at afgive tilbud, ville ske på baggrund af en evaluering af, hvilke ansøgere der havde dokumenteret "... the most relevant references of deliveries, see section III.1.3), of the "Main services" covered by the contract, which is listed in section II.2.4) ...".

Samme sted var det fastsat, at der ved udvælgelsen ville blive lagt vægt på, hvilke ansøgere der havde den mest relevante erfaring med levering af "... "Main services", som var "comparable in terms of needs, requirements and volume to the main services covered by the contract...". Kontraktens hovedydelse var nærmere beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4).

Vurderingen heraf ville ifølge udbudsbekendtgørelsen "be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience ...".

Klagenævnet finder, at de kriterier og bestemmelser om fremgangsmåden for udvælgelsen, som DSB har fastsat, er objektive og ikke-diskriminerende, gennemsigtige og proportionale. Dette gælder også DSB's beslutning om udvælgelse af de tre virksomheder.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at DSB i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) har beskrevet, at udvælgelsen ville blive foretaget ud fra en relevansvurdering af referencerne, og at det endvidere var fastsat, efter hvilke kriterier relevansvurderingen ville blive foretaget, herunder ved henvisning til beskrivelsen af kontrakten og hovedydelse. Desuden var det fastsat, at alle referencer ville blive vurderet således, at det ville indgå, hvorvidt referencerne "tilsammen" dokumenterede en høj grad af relevant erfaring.

Beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsen sammenholdt med svarene på de stillede spørgsmål under udbudsprocessen har på den baggrund været tilstrækkeligt gennemsigtig i forhold til, hvordan udvælgelsen ville finde sted, og hvilke kriterier der ville blive tillagt vægt. Kriterierne, der er fastsat og anvendt ved udvælgelsen, angår den udbudte kontrakt og hovedydelse i kontrakten og er objektive og saglige. Den enkelte ansøger har således kunnet udforme sin referenceliste med de fastsatte udvælgelseskriterier for øje.

DSB har derfor i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 1, litra b og c, og artikel 78, stk. 1, og 2, fastsat objektive kriterier for udvælgelse af de ansøgere, der ville blive opfordret til at afgive tilbud.

Der er efter udbudsbekendtgørelsen og den foretagne evaluering ikke grundlag for at antage, at DSB ved udvælgelsen lagde særlig vægt på, at referencerne dokumenterede erfaring med bestemte hovedydelse, eller at parametrene ”needs, requirements and volume” til hovedydelse ikke blev vægtet lige, herunder da vurderingen af, hvilke ansøgere der havde dokumenteret de mest relevante referencer, ifølge udbudsbekendtgørelsen ville ”...be based on an overall assessment of whether all the references together document a high degree of relevant experience ...”

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

#### Ad påstand 2 og 4

Under henvisning til det under påstand 1 og 3 anførte er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge”.

#### Ad påstand 1

Efter indholdet af evalueringsnotatet sammenholdt med evalueringsarkets oplysninger og afslagsbrevet til SISCOG er der ikke grundlag for at antage, at DSB har undladt at foretage en samlet skønsmæssig vurdering af, i hvor høj grad referencerne tilsammen dokumenterede erfaring med hovedydelse i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9).

Såfremt DSB i stedet havde anvendt en ”gennemsnitsmetode”, som efter SISCOG’s opfattelse ville have givet et mere retvisende billede af referencernes relevans, ville dette have været i strid med udbudsbekendtgørelsens bestemmelser, og metoden ville desuden have været uegnet som udvælgelsesmetode.

Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen, oplysningerne i afslagsbrevet til SISCOG og evalueringsnotatet sammenholdt med IVU Traffic Technologies AG’s beskrivelse af sine referencer er der ikke grundlag for at fastslå, at DSB’s skøn over relevansen af de referencer, som IVU Traffic Technologies AG vedlagde sin ansøgning, var åbenbart urigtigt, eller at DSB ved skønnet har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Indholdet af evalueringsarket kan ikke føre til et andet resultat.

Herefter, og da det, SISCOG i øvrigt efterfølgende har anført vedrørende denne påstand, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2 - 4

Under henvisning til det, der er anført i delkendelsen, og da der ikke under den efterfølgende behandling af sagen er fremkommet nye oplysninger, som giver grundlag for en ændret vurdering, tages påstand 2-4 ikke til følge.

Ad påstand 5

Som påstanden er formuleret, er der ikke anledning til at tage stilling til den, da der ikke er truffet en tildelingsbeslutning.

Herefter bestemmes:

Påstand 1-4 tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5.

SISCOG skal i sagsomkostninger til DSB betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Iben Lütje Andreasen  
Kontorelev